

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

WILIAN BARTKIU

UMA VISÃO HISTÓRICA SOBRE A FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO:
A LONGA DURAÇÃO

CURITIBA
2013

WILIAN BARTKIU

UMA VISÃO HISTÓRICA SOBRE A FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO:
A LONGA DURAÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

WILIAN BARTKIU

UMA VISÃO HISTÓRICA SOBRE A FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO: A LONGA DURAÇÃO

Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador:

Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira
Universidade Federal do Paraná

Membros:

Prof. Dr. André Peixoto de Souza
Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Amélia Siegel Corrêa
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Curitiba, ____ de dezembro de 2013.

AGRADECIMENTOS

Gratidão pode ser entendida como o ato de reconhecimento de um benefício, favor, ou qualquer outra contribuição que lhe tenha sido oferecida. Também envolve o sentimento de retribuição a quem proporcionou esta comoção. Em sentido religioso, pode ser a devoção a Deus por uma dádiva por ele conferida. Neste último sentido, eu continuo não entendendo muitas ações de Deus, mas sempre recorro a ele. É uma questão de fé, e por isso sou grato a Deus por ter levado meu caminho ao Curso de Direito da UFPR.

Aos meus pais, Pedro Bartkiu e Lucila Reinert dos Santos Bartkiu, minha eterna gratidão por estarem sempre ao meu lado.

Ao amigo Vânio Severo, hoje agradeço a insistência no momento em que eu ainda tinha dúvidas sobre qual curso escolher.

No decorrer deste curso tive a felicidade de conhecer muitas pessoas que se colocaram à disposição para me auxiliar, mas duas, em especial, não posso deixar de mencionar; por isso externo minha gratidão ao Procurador de Justiça Ervin Fernando Zeidler e a Amanda Chain.

Na convivência diária do curso pude contar com a amizade e o companheirismo de pessoas que sempre estiveram ao meu lado oferecendo grande apoio e com quem sempre pude contar. Aqui devo especial gratidão aos amigos Aline Kely de Camargo, Ana Paula Dias Lorenzetti, João Paulo Malinowski Tizoti e Marco Antônio Nishida Marinho.

Ao meu orientador, Professor Luís Fernando Lopes Pereira, minha irrestrita gratidão pela orientação e por sua compreensão no desenvolvimento deste trabalho.

Aos servidores técnicos da UFPR que tanto nos ajudam e aos demais familiares e amigos de quem recebi apoio durante o curso o meu: Muito Obrigado!

RESUMO

O objetivo desta monografia é fazer um estudo sobre a formação do constitucionalismo a partir de uma análise das relações sociais e das relações de poder, bem como das consequências jurídicas que elas estabelecem. É observado o período medieval e a transição imposta pela formação do Estado, o movimento constitucionalista e a consolidação do entendimento constitucional. O trabalho inicia-se com a apresentação metodológica que influencia a pesquisa, expondo-se a metodologia da Escola de Annales, da qual se retiram as características norteadoras deste estudo, destacando-se a longa duração. Para dar sentido ao propósito escolhido, contempla-se o Antigo Regime em sua conformação social, suas instituições de poder e a observância do direito naquele período. Passa-se, então, ao estudo dos motivos e pensamentos que levaram à transição do Antigo Regime para o modelo Estatal. Por fim, verifica-se o surgimento e a consolidação do Estado, a legitimação da centralização do poder por parte de ente Estatal, a ideia de Nação e a formação do constitucionalismo como mediador deste poder na relação entre Estado e os sujeitos que compõem a Nação. Encerra-se este trabalho demonstrando a importância de uma visão histórica de longa duração para entendimento do debate acerca do sentido da Constituição.

Palavras-chave: História do direito. Escola dos Annales. Longa duração. Antigo Regime. Estado. Constitucionalismo.

ABSTRACT

The goal of this essay is to study the origin of constitutionalism, starting from an analysis about social and political relations, as well as the legal consequences they provoke. This task is achieved by studying the Middle Age and the transition occurred when the nation states arose, the history of constitutionalism and its development. The dissertation starts with a brief explanation about the method employed for the study: Annales School's manner of researching and recording history. Afterward, the essay proceeds to the analysis of Former Regime like its social conformation, power institutions and legal issues. Then, it will head to the study about the causes that led the transition from the Former Regime to nation states. In the end, the essay demonstrates the importance of a long term historic vision for the comprehension about the meaning of the Constitution.

Key words: History of Law. Annales School. Long Term History. Former Regime. Nation State. Constitutionalism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. ESCOLHA DO MÉTODO: A ESCOLA DOS ANNALES	09
3. DO ANTIGO REGIME AO IMAGINÁRIO DO ESTADO	20
4. DO ESTADO AO CONSTITUCIONALISMO	33
5. CONCLUSÃO	49
REREFÊNCIAS	52

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo fazer um estudo a respeito da formação histórica do constitucionalismo a fim de verificar quais mudanças ele estabeleceu na sociedade e no pensamento jurídico. Para tanto, optou-se por empregar às pesquisas desenvolvidas a metodologia histórica difundida pela Escola dos Annales - também conhecida como Escola Francesa - por encontrar neste marco metodológico as características necessárias à compreensão do tema que aqui será tratado.

Para que o leitor desta monografia possa se familiarizar à metodologia que inspirou e influenciou a construção deste trabalho, inicialmente é feita uma exposição sobre esta escola do pensamento histórico.

A fim de chegar até a Escola dos Annales, inicia-se com a apresentação das variadas formas de contar a história, em que se destacou, ao longo dos tempos, a narrativa dos acontecimentos políticos e militares focada em acontecimentos específicos e em personagens centrais. Houve predominância deste modelo de contar a história. Os *Annales* surgem com a criação de uma revista de história que veio a se transformar em um movimento histórico com características próprias, apresentando-se como um modelo alternativo à historiografia tradicional.

No estudo dos Annales verificam-se os seus principais autores e as particularidades abordadas em suas principais obras, de onde se extraem os aspectos que norteiam esta pesquisa, principalmente a longa duração.

Para que se possa compreender o tema principal deste trabalho – a formação do constitucionalismo e seus reflexos sociais e jurídicos – dentro das características propostas pela metodologia escolhida, a observação histórica inicia-se com a compreensão do Antigo Regime, pois é a esta conformação social que o Estado - consolidado como o Estado Constitucional - vem a substituir.

O Antigo Regime será apresentado a partir das relações decorrentes de uma sociedade estamental, arquitetada em corpos sociais e profundamente influenciada pelo pensamento cristão. Nele o Direito será entendido como o ordenador dos corpos sociais autônomos e será reconhecido pelo entendimento de que existe uma “ordem natural” estabelecida na sociedade.

São apresentados, então, os centros emanantes de poder no Antigo Regime - para percepção de como eles moldavam a sociedade - e como a difusão de novas concepções - surgidas ainda no período medieval - transformam a mentalidade jurídica e social na transição para a formação do Estado.

Finalmente, é analisado o conceito de Estado e a centralização do poder por ele promovida e legitimada pelo conceito de soberania. A coesão social deixa de ser justificada pela autonomia dos corpos e unidade do todo por eles formado, e passa a se fundamentar no conceito de Nação em uma relação de submissão do sujeito em relação ao Estado.

Esta relação entre sujeito e Estado dará origem aos modelos constitucionais, sendo observados os principais modelos que influenciam o movimento constitucionalista.

Encerra-se este trabalho com um debate acerca do sentido da constituição e da relevância que ela obtém a partir do espelhamento da sociedade.

2. ESCOLHA DO MÉTODO: A ESCOLA DOS ANNALES

“O passado é, por definição, um dado que nada mais modificará. Mas o conhecimento do passado é uma coisa em progresso, que incessantemente se transforma e aperfeiçoa.”

(Marc Bloch – Apologia da História ou O Ofício do Historiador)

O leitor mais atento, ao iniciar a apreciação desta monografia, deve se perguntar: não seria este um estudo sobre constitucionalismo?

Certamente o que se espera no início deste trabalho, ao observar o tema, é, a princípio, uma introdução a respeito da construção constitucional, ou um debate sobre a formação do Estado. Contudo, sendo esta uma análise que trata da história do direito, se faz necessária a devida explicitação do método escolhido para a compreensão do objeto examinado, uma importante condição para observação de contextos históricos, visto que a metodologia aplicada influencia na interpretação do passado.

Para tanto, optou-se por aplicar às investigações históricas aqui desenvolvidas a metodologia arquitetada pelos historiadores da chamada “Escola dos Annales”, ou procurar usar seus instrumentos no que é possível para a história do direito.

E o que é, então, a Escola dos Annales e quais suas características?

Como bem define Ricardo Marcelo Fonseca, “tentar traçar a ‘epistemologia’ da Escola dos ‘Annales’, também conhecida entre nós como Escola Francesa, é algo que certamente os seus integrantes não aprovariam.”¹ A própria opção em não delimitar suas fontes já é uma escolha metodológica, logo, estes historiadores, segundo François Dosse:

(...) são portadores de uma concepção de história, portanto de uma filosofia, legível nos conceitos fundadores de sua abordagem histórica. Se o essencial de seus escritos dão destaque à metodologia histórica, abandonando toda a teoria da história, não escapam à regra e o empirismo que defendem já é uma escolha e uma concepção particular de história.²

¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 67.

² DOSSE, François. **A história em migalhas**: dos “Annales” à “Nova História”. São Paulo: Ensaio, 1992. p. 61.

A fim de entender as peculiaridades que definem esta metodologia do estudo histórico, é importante uma prévia explanação a respeito do contexto e dos motivos que levaram ao surgimento desta Escola, que Peter Burke define como “Revolução Francesa da Historiografia”,³ e a quais modelos ela se apresenta como alternativa. É o que faremos a seguir.

A história, ao longo dos tempos, inventou várias maneiras de contar a história, contudo, uma maneira em especial se destacou contando grandes fatos, pontuais e focados em personagens centrais, como ensina Burke ao afirmar que:

Desde os tempos de Heródoto e Tucídides, a história tem sido escrita sob uma variada forma de gêneros: crônica monástica, memória política, tratados de antiquários, e assim por diante. A forma dominante, porém, tem sido a narrativa dos acontecimentos políticos e militares, apresentada como a história dos grandes feitos de grandes homens – chefes militares e reis.⁴

As primeiras “contestações” a esse modo de contar a história aparecem em meados do século XVIII, quando, na Europa, alguns escritores e historiadores passam a se preocupar com a chamada “história da sociedade”, em que o foco das atenções deixa as guerras e os acontecimentos políticos e passa a ser o comércio, as leis, a moral, entre outros que antes eram secundários ou subsidiários, como fez Voltaire em *Essai sur les mœurs*. Formava-se um grupo de pensadores preocupados com a história das estruturas, como a do sistema feudal, que investigava comportamentos e valores ou acrescentava este conhecimento à narrativa política, a exemplo de Edward Gibbon em *Declínio e Queda do Império Romano*.⁵

No século XIX, um movimento liderado por Leopold von Ranke, dá ênfase aos fatos políticos e privilegia o uso das chamadas “fontes primárias” na aplicação do método científico nas investigações históricas, o que acaba por enfraquecer a visão histórica que se formara no século XVIII.

Mais inflexíveis, os discípulos de Ranke buscam a profissionalização e, ainda no século XIX, fundam revistas como *Historische Zeitschrift* (1865), *Revue*

³ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989)**: a revolução francesa da historiografia. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010. p. 17.

⁴ *Idem*.

⁵ Cf. BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989)**: a revolução francesa da historiografia. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010.

Historique (1876) e *English Historical Review* (1886), nas quais os temas centrais eram “Política e Estado”, sendo os ideais destes historiadores apresentados pelos franceses Charles-Victor Langlois e Charles Seignobos na *Introduction aux études historiques* de 1897.

Todavia, também no século XIX, surgem vozes desarmônicas aos discípulos de Ranke, apresentando ampliada concepção histórica, como Jules Michelet, que analisa a história a partir de personagens periféricos, e Jacob Burckhardt, que estuda temas como religião e cultura. No mesmo sentido, o clássico de Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, de 1864, aborda primordialmente temas como família e moralidades deixando em segundo plano os grandes eventos e a política.

Não obstante a tudo isso, os historiadores econômicos, segundo Burke, “foram, talvez, os opositores mais bem organizados da história política.”⁶ Seus expoentes foram Gustav Smoller, líder da Escola Histórica Econômica; William Cunningham e J. E. Thorold Roger.

As críticas aos historiadores políticos não ficavam a cargo apenas dos historiadores econômicos.

Os fundadores da nova disciplina, a sociologia, expressavam pontos de vista semelhantes. Augusto Comte ridicularizava o que chamava de “insignificantes detalhes estudados infantilmente pela curiosidade irracional de compiladores cegos de anedotas inúteis”, [...]. Hebert Spencer queixava-se de que “as biografias dos monarcas [...] pouco esclarecem a respeito da ciência da sociedade” [...]. Da mesma maneira, Durkheim despreza os acontecimentos particulares, nada mais que “manifestações superficiais”; [...].⁷

Já no início do século XX, surgem Karl Lamprecht, que se dedicava à “história do povo”, sob aspectos culturais e econômicos, bem como James Henry Robson, que considerava todos os feitos do homem desde os primórdios de suas atividades na terra.

Entre os anos de 1900 e 1912 foi publicada a História da França, cujo editor era Ernest Lavisse, a qual, mesmo tendo como objetivo a história política, continha implícita em seus dez volumes uma compreensão histórica muito mais ampla, em que espaço considerável foi dedicado às artes.

⁶ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989): a revolução francesa da historiografia**. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010. p.19.

⁷ *Ibidem*. p. 20.

Ainda que nem todos os historiadores do período situado entre meados do século XIX e início do século XX estivessem preocupados exclusivamente com os acontecimentos políticos, François Simiand foi incisivo ao escrever um artigo criticando “os ídolos da tribo dos historiadores”, que seriam: “o ídolo político”, crítica à excessiva tratativa de fatos políticos; “ídolo individual”, referência aos personagens centrais que eram tratados com destaque; e “ídolo cronológico”, referindo-se à busca das origens.⁸

Tal crítica era direcionada a Charles Seignobos, que, mesmo tendo diversificado seus estudos, virou símbolo dos defensores da história política e de tudo que os “reformadores” deveriam combater. Seignobos, que guardava grande proximidade com Lavissee, destacou-se pela coautoria, já mencionada, de uma das mais conhecidas introduções ao estudo da história.

Em meio a este fervoroso debate acerca do estudo histórico, em 1900, Henri Berr funda a *Revue de Synthèse Historique*, uma revista cujo objetivo era incentivar os historiadores a uma colaboração interdisciplinar com sociólogos, geógrafos, filósofos e, principalmente, psicólogos.

A revista de Berr trouxe especial motivação para dois historiadores que para ela escreveram e, em 1929, tornam-se os fundadores da revista que origina e empresta seu nome – *Les Annales d'Histoire Économique et Sociale*⁹ - ao movimento dos Annales; são eles: Lucien Febvre e Marc Bloch.

Segundo relata Fonseca:

Tanto Febvre quanto Bloch tinham uma sólida formação interdisciplinar. Formavam, em Estrasburgo (onde se conheceram e lecionaram desde 1920 até a década de 30) parte de um grupo em que integravam figuras como o psicólogo Charles Blondel e o sociólogo Maurice Halbwachs. Por outro lado, foram importantes marcos teóricos na formação destes historiadores o filósofo e antropólogo Lévy-Bruhl e o geógrafo Vidal de La Blache (este último particularmente no caso de Febvre) e o sociólogo Émile Durkheim (particularmente no caso de Bloch). Ambos também compartilhavam as ideias de Henri Berr (fundador de **A revista de Síntese**) e François Simiand, que atacavam firmemente a “a escola metódica” francesa. Por fim, se diziam descendentes teóricos de Jules Michelet (historiador do séc. XIX,

⁸ Cf. BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989): a revolução francesa da historiografia**. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010. p. 22.

⁹ O nome da revista é uma referência à revista *Annales de Géographie* de 1891, cujo fundador fora o geógrafo Paul Vidal de la Blache, especialmente influente sobre Lucien Febvre e seus estudos de geografia histórica.

que propugnava pela “história total”), a ponto de Febvre saudá-lo como “pai fundador da Escola dos *Annales*”.¹⁰

Ainda antes da fundação da revista que veio a se transformar em um movimento, Bloch lançou um livro com temas caros aos “*Annales*”, *Les Rois Thaumaturges* (1924). Nesta obra, com forte influência do pensamento de Durkheim, analisa a crença popular difundida na Inglaterra e na França, entre os séculos XII e XVIII, de que o toque régio poderia curar a doença de escrófula. Segundo Burke, “o autor considerava seu livro, com alguma razão, uma contribuição à história política da Europa no sentido mais amplo e verdadeiro do termo ‘político’, pois nele analisava a ideia de monarquia.”¹¹ O livro tem características como o que, anos mais tarde, Fernand Braudel vem a chamar de “longa duração”, em face do período analisado; faz um estudo sobre a “psicologia da crença”, sendo um marco para a chamada “história das mentalidades” e, ainda, desenvolve estudos comparativos tanto entre as populações inglesa e francesa como, de forma mais cautelosa, entre estas e sociedades longínquas, a exemplo da Polinésia.

Já como editor da revista, Bloch continuou a dedicar-se à carreira acadêmica. Escreveu alguns artigos, onde demonstra sua afeição pela psicologia e o interesse na colaboração entre psicologia e história. Contudo, destaca-se por dois livros que retratam o período medieval. Em *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, estão presentes a longa duração, a comparação, a observação de técnicas e costumes rurais, o uso de fontes não literárias e a aplicação do “método regressivo” - um estudo a partir dos períodos mais recentes. Já em *La société féodale*, trata o tema de maneira holística, estudando vários aspectos, sem deixar, obviamente, o debate psicológico ao abordar a percepção do tempo e a “memória coletiva”.

Bloch, entretanto, não teve uma vida muito longínqua, ainda que intelectualmente produtiva até os últimos momentos. Durante a segunda guerra, apesar de já contar com 53 anos, alista-se no exército, retorna à vida acadêmica por curto período e engaja-se na Resistência Francesa, onde atuou até ser capturado e fuzilado pelos alemães. Não obstante às suas atividades, escreveu, neste ínterim, dois livros. *L'Étrange défaite*, era, ao mesmo tempo, um relato de uma testemunha

¹⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 70.

¹¹ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989): a revolução francesa da historiografia**. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010, p. 31.

ocular dos fatos e a visão de historiador contando os acontecimentos ocorridos na França em 1939. Por fim, e como exemplo de superação, devido ao momento conturbado que viva o escritor, escrevendo em sua clausura em um campo de concentração, produz um ensaio sobre o trabalho do historiador, uma reflexão a respeito do tema em que “Bloch defendeu a autonomia da reflexão e a ideia de que a responsabilidade e a necessária militância não eram sinônimos de fórmulas acabadas e índices milagrosos.”¹²

Lucien Febvre, que inicialmente direcionara seus estudos para a “geografia-histórica”, passou a estudar a “psicologia-histórica”, concentrando sua pesquisa na história do Renascimento e da Reforma, em especial no âmbito francês. Segundo Burke, “fiel aos seus preceitos, Febvre elaborava seus estudos tendo por centro problemas.”¹³ Em sua obra *Le problème de l'incroyance au XVI^e siècle: la religion de Rabelais*, Febvre refuta as insinuações feitas por historiadores – principalmente as de Abel Lefranc – de que Rabelais, escritor francês do século XVI, seria um ateu.¹⁴ Em suas contestações, argumentava que os historiadores cometiam “anacronismo” ao analisar Rabelais, pois o ateísmo não poderia ser concebido no século XVI. Desta forma, um texto do século XVI não poderia ser apreciado com o pensamento de um homem do século XX. Esta obra, juntamente com *Les Rois Thaumaturges*, de Bloch, é uma das bases da “história das mentalidades coletivas”.

Com o fim da segunda guerra mundial, a ausência de Bloch e as várias atividades desenvolvidas por Febvre, o movimento precisava de novos líderes, que surgem dos discípulos dos discípulos de Febvre, destacando-se a figura de Fernand Braudel.

Braudel foi o mais importante historiador de sua época. Seu primeiro trabalho relevante foi um estudo sobre os espanhóis no Norte da África, de 1928. Já na linha do movimento que ainda viria a se formar, neste livro critica o estudo centralizado em grandes personagens e nas batalhas abrindo uma discussão sobre a “vida cotidiana” das tropas espanholas.

¹² SCHARTZ, Lília Moritz. **Por uma historiografia da reflexão**. In: BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história, ou, O ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 12.

¹³ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989): a revolução francesa da historiografia**. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010. p. 43-44.

¹⁴ Os comentários a respeito do ateísmo de Rabelais, pelos historiadores, surgem principalmente a partir das análises de *Les horribles et épouvantables faits et prouesses du très renommé Pantagruel Roi des Dipsodes, fils du Grand Géant Gargantua*, publicado em 1532.

Contudo, o grande feito de Braudel – e neste caso não só pela profundidade, mas também pela extensão – foi *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*. Escrito durante a segunda guerra mundial, período em que o autor ficou preso, seus rascunhos foram elaborados em cadernos escolares e remetidos a Febvre, a quem foi dedicada esta obra.¹⁵

Em estudo que compreende o período que vai de 1450 a 1650, Braudel faz um exame que situa detalhadamente a região do mediterrâneo analisando fatos de curta, média e longa duração. Para Burke:

Dividido em três partes, cada uma das quais – como o prefácio esclarece – exemplifica uma abordagem diferente do passado. Primeiramente há a história “quase sem tempo” da relação entre o “homem” e o ambiente; surge então gradativamente, a história mutante da estrutura econômica, social e, finalmente, a trepidante história dos acontecimentos.¹⁶

O mediterrâneo de Braudel é uma obra tão complexa e profunda que sua análise é bastante para um estudo autônomo, sendo suficiente para este preparo de contextualização da metodologia - e para não cometer o erro de reduzir a importância desta obra – a menção às suas linhas gerais.

Todavia, a coesão que a escola detinha quando estava sendo regida pela batuta de Fernand Braudel gradativamente se esboroa a partir de 1968, quando do afastamento do grande professor da direção da revista. Nesta época o movimento passa a se caracterizar por uma grande variedade temática, metodológica e ideológica, quebrando a relação de continuidade havida entre as épocas de Febvre e Bloch e a de Braudel. O desenvolvimento desta nova perspectiva culminará com o lançamento de uma nova denominação para o movimento, que reivindica, por seu lado, a descendência legítima com os “*Annales*”: é a “*Nova História*”.¹⁷

A expressão “*Nova História*” surge como título de uma coleção de ensaios editada pelo francês Jacques Le Goff, que também foi diretor da revista dos “*Annales*”, iniciando o que Burke denomina de “terceira fase”¹⁸ – sendo a primeira o período marcado por Febvre e Bloch e a segunda o período sob a liderança de

¹⁵ Cf. BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989)**: a revolução francesa da historiografia. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010. p. 50-51.

¹⁶ *Ibidem*. p. 50.

¹⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 73.

¹⁸ Cf. BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989)**: a revolução francesa da historiografia. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010. p. 12–13.

Braudel – que é caracterizada pela fragmentação e pelo retorno à política, como reação ao abandono do tema por Febvre e, especialmente, por Braudel, e também como contraposição a outros determinismos, principalmente o “economismo” marxista,¹⁹ em uma espécie de “revolução da revolução da historiografia”.

Burke define a “*Nova História*” a partir de seis pontos:²⁰ 1) Abandono de uma história puramente política para a história de toda a atividade humana; “tudo tem história”. 2) A mudança do foco que sai dos acontecimentos, ainda que estes não sejam rejeitados, para a observação da “história das estruturas”. 3) Visão histórica do ponto de vista de personagens periféricos, e não de personagens centrais; “história vista de baixo”. 4) Aceitação de novas fontes que não apenas os registros oficiais, análise de maior variedade de evidências, incluindo dados estatísticos; “história quantitativa”. 5) Avaliação histórica dos fatos que separe motivações pessoais dos movimentos coletivos. 6) Abandono de uma análise objetiva da história para uma análise com relativismo cultural tanto do observador quanto do objeto estudado.

Visto a trajetória do movimento dos “*Annales*”, seus expoentes e as características que marcaram suas principais obras, resta-nos a pergunta: qual a relação metodológica que esta escola guarda com a história do direito?

Primeiramente, a própria gênese dos “*Annales*” surge como oposição à história política e episódica, de cunho Estadista, com a qual a história do direito sempre teve afinidade, o que acabava por limitar a história do direito à história das normas ou dos debates doutrinários acerca destas. Ora, se é uma característica desta Escola analisar as sociedades, como fez Bloch em *La société féodale*, a história do direito deve reconhecer que o direito se percebe, e também é criado, no meio social. Nas palavras de António Manuel Hespanha:

Contudo, o direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais (como o da instauração da disciplina social), mas também em considerar que a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social. Ou seja, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que

¹⁹ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989): a revolução francesa da historiografia**. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010. p. 116.

²⁰ Cf. BURKE, Peter. **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: Editora Unesp, 2011. p. 10-17.

envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais.²¹

Outra compreensão que temos a partir dos “*Annales*” é a necessidade de interação entre historiadores do direito e historiadores sociais. Segundo Braudel, “as ciências sociais impõem-se umas às outras, cada uma tendo de abranger completamente o social, em sua ‘totalidade’; cada uma penetra nas suas vizinhas, acreditando permanecer em seu próprio campo.”²²

Por fim, e talvez a mais importante característica metodológica que orienta este estudo, tratamos da longa duração.

Segundo Fonseca, “a história tradicional (do direito) sempre se ocupou basicamente da ‘curta duração’ – tais como inovações legislativas ou ‘descobertas’ doutrinárias, sempre relegando as ‘estruturas ou ‘permanências’.”²³

Como mais notável defensor da “longa duração”, Braudel ensina que:

Entre os tempos diferentes da história, a longa duração apresenta-se, assim, como uma personagem embaraçosa, complicada, muitas vezes inédita.[...]. Neste andar, não em outro qualquer, [...] é lícito desprender-se do tempo exigente da história, dele sair, depois voltar, mas com outros olhos, cheios de outras inquietações, outras perguntas. Em todo caso, é com relação a estas grandes extensões de história lenta que a totalidade da história pode ser repensada, como a partir de uma infra-estrutura. Todos os andares, todos os milhares de andares, todos os milhares de fragmentos do tempo da história são compreendidos a partir desta profundidade, desta semi-imobilidade; tudo gira em torno dela.²⁴

A história do direito, então, deve ter em mente que na longa duração é que se notam as continuidades, sendo este um dos objetivos deste trabalho.

Como se pode ver a partir das características dos “*Annales*”, não se trata de uma simples adaptação do método ao objeto, haja vista que a própria escolha do tema estudado – a formação de um contexto constitucional - se faz em virtude das particularidades que estão presentes na metodologia apresentada por esta Escola do pensamento histórico.

²¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 26.

²² BRAUDEL, Fernand. **História e ciências sociais – a longa duração**. In: Revista de História da USP, n. 62, v. XXX, 1965. p. 262.

²³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 82.

²⁴ BRAUDEL, F. *Op cit.* p. 271.

O que se pretende aqui não é afirmar que a metodologia dos *Annales* sempre esteve em perfeita harmonia com a história do direito, nem negar a existência de críticas a esta Escola por parte de historiadores do direito.²⁵ O que se almeja é demonstrar que as características presentes nos *Annales* – a longa duração, as mentalidades coletivas, a vida cotidiana das sociedades - também são caras à história do direito, visto que o direito é fruto das relações que surgem no seio da complexa realidade social em que ele se apresenta.

Também não se quer, aqui, negar a importância da historiografia do poder e das instituições, todavia sem reduzir o estudo a mera descrição de fatos políticos ou à análise de “uma história constitucional meramente dogmática – ou seja, reduzida à história dos conceitos ou dos textos constitucionais, como se eles fossem entidades separadas do resto da prática social”.²⁶

Trata-se de um momento de pretensa ruptura e mudança de paradigmas – a formação do Estado Constitucional – mas que se apresenta impregnado de permanências quando observada a longa duração e as relações sociais que formam a essência da constituição. Destarte, pode-se dizer que a escolha foi de um método aplicável ao objeto, já que a análise constitucional deve ser feita a partir das instituições, das relações de poder, do Estado e, principalmente, do contexto social em que em que se estabelece a constituição.

Ressalta-se, por fim, que a premissa metodológica escolhida é de extrema importância para a análise de qualquer tema. Isto em função da interpretação formulada pelo observador a partir dela, e das construções que serão feitas sob influência da metodologia escolhida. Neste sentido, Pietro Costa diz:

²⁵ Em “O direito dos letrados no império português”, A. M. Hespanha apresenta severo parecer às orientações metodológicas dos *Annales*. Afirma, este historiador do direito, que as críticas trazidas pelos *Annales* tornaram-se excessivas, pois acabaram por atingir indiscriminadamente toda a historiografia voltada ao poder e às instituições, até mesmo os que compreendiam que, como instituição social, o direito deve guardar relações com a realidade social a que se aplica. Afirma também, que a influência do movimento, levou os historiadores a deixarem de fora dos seus estudos os fenômenos institucionais e jurídicos, como se estes não fossem consequências diretas dos acontecimentos sociais. Para tanto, ilustra com o exemplo da famosa obra de Braudel sobre o Mediterrâneo, que deixa de tratar de aspectos jurídicos e políticos-institucionais daquela região, os quais estiveram presentes na cultura europeia desde o período retratado no livro até o passado próximo, não se tratando de elementos conjunturais ou passageiros. Coloca como consequência disso um desprezo pela história das instituições, privando as formas jurídicas, institucionais e políticas de relevância e autonomia.

²⁶ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009. p. 31.

Podemos escolher entre diferentes metalinguagens, mas não podemos evitar a escolha de uma delas. Não podemos ficar sem uma linguagem que nos permita contar nossa narrativa e entender a linguagem das fontes do passado na linguagem (em uma ou outra linguagem) do nosso presente. Podemos adotar as categorias que as tradições dominantes nos recomendaram entregar, ou tentar construir nossa metalinguagem de outra forma. Um passo necessário da pesquisa histórica é, contudo, a formulação e o emprego de uma linguagem através da qual a compreensão e a tradução do discurso passado em nossa cultura presente se tornem possíveis.²⁷

Por todo o exposto, nota-se que a maneira de abordar o objeto a ser apreciado torna-se um pressuposto essencial do estudo histórico, isto se dá porque este influxo atua nas pesquisas como elemento norteador dos trabalhos a serem desenvolvidos.

²⁷ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 47.

3. DO ANTIGO REGIME AO IMAGINÁRIO DO ESTADO

Entre os tempos diferentes da história, a longa duração apresenta-se, assim, como uma personagem, embaraçosa, complicada, muitas vezes inédita.
(Fernand Braudel – História e Ciências Sociais: a longa duração)

Para que o objeto central deste estudo possa ser interpretado a partir das características dos *Annales*, com apreciação do contexto histórico em que se situa, é imprescindível que, previamente, sejam abordados temas com os quais possui intrínseca relação. Neste sentido, não podem ser olvidados os conceitos de Antigo Regime e Estado, bem como a “simbiose” comungada entre este e o Constitucionalismo. Assim, o constitucionalismo poderá ser percebido com base nas relações sociais, políticas e institucionais, observando-se um período de longa duração, tendo em vista que “*esse é o tempo real do direito, porque é o tempo dos estratos profundos, do nível mais estável, onde o **ius** tem suas raízes, onde o moto é o movimento imóvel das geleiras, onde se fundam valores, costume, mentalidades*”.²⁸

O Estado, aqui entendido como o Estado Constitucional, surge como sucessão ao modelo estrutural estabelecido pelo Antigo Regime. Este pode ser observado sob duas óticas distintas. A primeira é a análise da cultura e das instituições jurídicas, mostrando um período marcado pela coexistência da tradição romanística e canônica, resultante dos estudos feitos pelos letrados, paralelamente a uma progressiva produção legislativa dos soberanos e a permanência dos costumes. Foi um período de transição entre o que se denominou de *ius commune*²⁹ - sistema de direito com várias fontes emanantes, que vigorou na Europa durante a idade média até a pré-modernidade – e o direito moderno, de monopólio Estatal, com base na Lei, em especial nas Codificações.

Em outra análise, a partir de uma visão social, nota-se que as sociedades nacionais que foram se consolidando neste período eram “estamentais”, ou seja, o

²⁸ GROSSI, Paolo. **Storia sociale e dimensione giuridica**. p. 15. *Apud*: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 87.

²⁹ Cf. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 114-117.

papel social desempenhado pelo indivíduo dependia de seu “*status*”. O “*status*” era um vínculo entre o indivíduo e o grupo social ao qual ele pertencia, o que, em geral, era determinado pelo nascimento. Não obstante, havia também a possibilidade de aquisição do *status* com a atribuição de alguma qualidade. Assim, conforme a posição social ocupada - determinada pelo estamento a que se ligava o indivíduo - definiam-se seus direitos e deveres.

A sociedade no Antigo Regime era uma sociedade corporativa, com forte influência do pensamento Cristão, já que a Igreja era uma das detentoras do “Poder” durante a Idade Média, e por consequência, uma das fontes emanantes do direito. Existia, então, uma “ordem” nesta sociedade. Para António Manuel Hespanha:

O pensamento social e político medieval era dominado pela idéia da existência de uma ordem universal (cosmos), abrangendo os homens e as coisas, que orientava todas as criaturas para um objetivo último que o pensamento cristão identificava com o próprio Criador. Assim, tanto o mundo físico como o mundo humano não eram explicáveis sem a referência a esse fim que os transcendia, a esse *telos*, a essa causa final (para utilizar uma impressionante formulação da filosofia aristotélica); o que transformava o mundo na mera face visível de uma realidade mais global, natural e sobrenatural, cujo (re)conhecimento era indispensável como fundamento de qualquer proposta política. Por isso teve então tanto êxito um texto do *Digesto* que definia a prudência (= saber prático) do direito (que, então, desempenhava o papel de teoria política) como uma “ciência do justo e do injusto, baseada no conhecimento das coisas divinas e humanas” (*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, D,I,1,10,2).³⁰

No mesmo sentido, Hespanha argumenta que:

Numa sociedade profundamente cristã, o próprio relato da Criação (*Gênesis*, I) não pode ter deixado de desempenhar um papel na gestação desta ideia de ordem do mundo. Aí, Deus aparece, fundamentalmente, *dando ordem* às coisas: separando as trevas da luz, distinguindo o dia da noite e as águas das terras, criando as plantas e os animais “segundo as suas espécies” e dando-lhes nomes distintos, ordenando as coisas umas para as outras (a erva para os animais, estes e os frutos para os homens, o homem e a mulher, um para o outro e ambos para Deus).³¹

Essa mesma ideia de “ordem” estabelecida por Deus justifica a posição do Rei – representante de Deus na terra - e a distribuição – desigual – dos cargos e

³⁰ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 29-30.

³¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 98.

graças entre os súditos, já que o próprio criador estabeleceu uma hierarquia entre sua criação; argumento este encontrado nas Ordenações Afonsinas.³²

Contudo, não havia, naquele contexto, a exigência de uma unicidade de objetivos para a consecução dos objetivos globais da Criação. A ideia que permanecia era de que cada parte do todo colaborava de forma diferente para a concretização de um “destino cósmico”. Desta maneira, a unidade da Criação não reduzia a importância dos objetivos específicos de cada uma das “ordens da criação”, que, dentro da espécie humana, traduzia-se em cada grupo social.

Nesta ordem hierarquizada, a diferença não significa – pelo menos numa perspectiva muito global da Criação, que tem em conta a sua origem primeira e o seu destino último – imperfeição ou menos perfeição de uma parte em relação às outras. Significa antes uma diferente inserção funcional, uma cooperação, a seu modo específica, no destino final [...] do mundo. Assim, em rigor, subordinação de uns a outros não representa menos dignidade dos primeiros, mas antes apenas o reconhecimento que cada qual tinha um específico lugar na ordem do mundo, que importava a submissão funcional a outras coisas. Os próprios anjos, seres perfeitos, não escapavam à ordem, estando organizados em nove graus distintos.³³

Sendo assim, naquele contexto, cada corpo social, como parte de um organismo maior, desempenhava sua própria função (*officium*), de tal forma que a cada corpo era conferida a autonomia necessária para que sua incumbência pudesse ser exercida.

A concepção de “autonomia funcional” é intimamente ligada à noção de “autogoverno”, o que o pensamento jurídico medieval indicou como sendo a *iurisdictio*. Esta, por sua vez, reúne o poder de fazer leis e estatutos, constituir magistrados, gerenciar e julgar conflitos e emitir comandos.³⁴

Existia, então, um “caráter ‘natural’ da ‘constituição’ do corpo social”, de onde se extrai a natureza imprescindível das leis essenciais (“constituição”) de uma sociedade (reino, grupo social), pois elas não estão subordinadas à vontade, mas sim aos desígnios da Ordem da Natureza. Era nesta “constituição natural” que se

³² Cf. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 99.

³³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 104.

³⁴ Cf. HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 31-32.

encontrava o fator legitimador do direito estipulado pelo poder, vigorando tão plenamente quanto este.

Havia, portanto, no Antigo Regime, uma sociedade ordenada em grupos sociais, os quais desempenhavam funções distintas e autônomas entre si, mas que contribuíam para a realização de um objetivo comum a todos os corpos sociais; colaborando, assim, para a manutenção de uma ordem tida como natural. Destarte, formava-se a “constituição natural” da sociedade, a qual - mais do que ter a mesma importância - chegava ao ponto de estabelecer o critério legitimador do direito instituído pelo poder.

Nestes termos, o **direito – todo ele, mas sobretudo o natural – desempenha uma função constitucional. Impõe-se a todo o poder.** Não pode – ou, pelo menos, não deve – ser alterado. E isto porque se funda nos princípios necessários de toda a convivência humana (*affectio societatis*). E não porque se fundamenta num pacto primitivo ou num pacto histórico estabelecido, por exemplo, em cortes, como supõem os historiadores que sobrevalorizam o “pactismo” medieval ou moderno. Em virtude desta função constitucional do direito, toda a atividade política aparece subsumida ao modelo “jurisdicionalista”. Ou seja, toda a atividade dos poderes superiores – ou mesmo do poder supremo – é tida como orientada para a resolução de um conflito entre esferas de interesses, conflito que o poder resolve “fazendo justiça”.³⁵

Nota-se que, na sociedade do Antigo Regime, o Direito apresenta-se mais como um reflexo da sociedade do que como uma produção do Estado³⁶. Podemos observar, nesta análise, que a noção de Direito, à época, vai ao encontro de duas concepções expressas por Paolo Grossi, quais sejam: o Direito como “Ordenamento” do “Social” e o Direito como Ordenamento “Observado”.³⁷

Na primeira, o Direito é visto como “ordem”, não no sentido de imposição, mas visto como fator que organiza a desordem conflituosa da sociedade. Neste sentido, explica Grossi:

Colocar em ordem, de fato, significa acertar as contas com as características da realidade que se ordena, já que somente pressupondo e considerando essas características não se lhe fará violência e se lhe ordenará efetivamente. Ordenar significa sempre respeitar a complexidade

³⁵ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 33.

³⁶ Cf. GROSSI, Paolo. **Direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

³⁷ Cf. GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11-19.

social, a qual constituirá um verdadeiro limite para a vontade ordenadora, impedindo que esta degenere em valorações meramente subjetivas e, pois, em arbítrio.

Mas um outro aspecto convém sublinhar: organização é antes de tudo coexistência de sujeitos diferentes que, ainda que conservem as características das suas próprias diversidades, estão coordenados num escopo comum; pode também se concretizar em sobreordenação e subordinação, mas a posição de superior e de inferior é absorvida numa coordenação coletiva que despersionaliza e, como consequência, atenua uma visão ordenada hierarquicamente. Organização, de fato, significa sempre o primado da dimensão objetiva, com um resultado que acomete beneficentemente a todos os componentes da comunidade organizada; significa sempre superação de posições singulares em seus isolamentos para obter o resultado substancial da ordem, substancial para a própria vida da comunidade.³⁸

Assim, entender o direito como “ato de ordenar”, e não como um comando, transfere o foco central das relações jurídicas do sujeito produtor – ou daquele que o tenha a intenção de ser – para o objeto que se deseja organizar.

Quanto ao Direito como Ordenamento “Observado”, refere-se à observância do direito pelo fato de reconhecer que o ordenamento que se segue é correto, por uma questão de crença nos valores que ele defende, sem que seja necessário constrangimento para que haja obediência. Com isso, diz Grossi:

A ordem jurídica autêntica atinge o estrato dos valores de uma comunidade para deles trazer aquela força vital, que nasce unicamente de uma convicção sentida, para deles trazer aquela solidez que não tem necessidade da coação policial pra se manter estável.³⁹

E qual era, então, a noção de “Estado” no Antigo Regime? Que papel ele desempenhava?

No Antigo Regime, de acordo com a etimologia da palavra que representa a ideia de equilíbrio, de posição estável, o estado representa um lugar na ordem, ou, a atividade ou dever (*officium*) social desempenhado. Disto infere-se a identificação do soberano com o Estado, pois sua função era representar o Estado.

Vinculadas à ideia de autonomia dos órgãos da sociedade e convergência destes para a consecução de um fim comum, estão a concepção de imprescindibilidade de todos os organismos ou corpos sociais e - de maneira lógica - o entendimento de que esta autonomia torna impossível a governança política de

³⁸ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12-13.

³⁹ *Ibidem*. p. 16.

forma extremamente centralizada. Por isso, o soberano não representa a “totalidade” do Estado, mas a “unidade” de todos os corpos sociais, que desempenham cada um a sua própria função (*officium*). Na analogia de Hespanha:

Tão monstruoso como um corpo que se reduzisse à cabeça, seria uma sociedade em que todo o poder estivesse concentrado no soberano. O governo deveria, portanto, ser mediato; deveria repousar na autonomia político-jurídica (*iurisdictio*) dos corpos sociais e respeitar a sua articulação natural (*cohaerentia, ordo, dispositio naturae*) – entre a cabeça e a mão deve existir o ombro e o braço, entre o soberano e os oficiais executivos, devem existir instâncias intermédias. A função da cabeça (*caput*) não é, pois, a de destruir a autonomia de cada corpo social (*partium corporis operatio propria*), mas a de, por um lado, representar exteriormente a unidade do corpo, e por, outro, manter a harmonia entre todos os seus membros, atribuindo a cada um aquilo que lhe é próprio, garantindo a cada qual o seu estatuto (“foro”, “direito”, “privilégio”); numa palavra, realizando a justiça (*comutativa*). E assim é que a realização da justiça – finalidade que os juristas e politólogos medievais consideram como o primeiro ou até o único fim do poder político – se acaba por confundir com a manutenção da ordem social e política estabelecida.⁴⁰

Percebe-se, então, que no Antigo Regime o soberano ocupa um papel representativo, cuja função era dar unidade aos vários corpos e equilibrar o sistema social. Fazia isso por meio da distribuição dos cargos, privilégios e graças, dando “a cada um o que é seu”. Recebia-se – do soberano - aquilo o que era compatível ao *status*, à “posição social”, à função desempenhada na sociedade. Executava, assim, a justiça (*distributiva*) – ainda que o catedrático citado refira-se à justiça “comutativa”. Entende-se, aqui, que esta “justiça” operada pela distribuição de benefícios com base em uma hierarquização social, logo desigual, dando-se “a cada um o que lhe é devido”, trata-se de uma justiça distributiva e não comutativa.

O soberano, contudo, gozava de certa liberdade no tocante àquilo que lhe cabia governar. Com isso, houve expressivo acréscimo legislativo interferindo na atividade econômica, nas atividades mercantis, na padronização dos pesos e medidas, entre outras. Ao tratar de mercantilismo, o que faz a história econômica é refletir a respeito deste campo em que o soberano dispunha de maior autonomia.

Todavia, em virtude dos outros poderes que atuavam no Antigo Regime, ainda que viesse a intervir, o soberano não dispunha da mesma independência decisória em assuntos abarcados, geralmente, pelo direito privado, como família,

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do leviathan**: instituições e poder político: Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994. p. 300.

sucessões, propriedade imobiliária; devendo justificar juridicamente suas decisões ao tratar de temas como estes.

Devemos lembrar que, no Antigo Regime, juntamente com a coroa, exerciam poder, também, a família, a Igreja, as comunidades e os senhorios.⁴¹

A família, no contexto doméstico, considerada como grupo social e afetivo, era constantemente evocada no Antigo Regime. Dava prioridade aos laços generativos (agnáticos, de parentesco) em detrimento dos laços conjugais (cognáticos, de afinidade), ainda que não os excluísse, figurando em uma comunidade que incluía - além das duas formas parentais mencionadas - também os criados, escravos e, até mesmo, os bens.⁴²

A Igreja, dentre os poderes coexistentes, era a que conseguia maior abrangência, atingindo desde âmbitos mais restritos como a família e as comunidades até as relações de âmbito internacional. Os instrumentos de ingresso (baptismo) e de expulsão (excomunhão) deram-lhe contornos institucionais facilitando a instauração de mecanismos disciplinares sobre os fiéis. Como todas as ordens sociais possuía uma hierarquização, cuja principal distinção se dava entre clérigos e leigos.

Os leigos, que também se podem dizer populares, são aqueles a quem é lícito possuir bens temporais, casar advogar causas e julgar. Os clérigos são aqueles que foram dedicados aos ofícios divinos e aos quais convém preservar de todo o estrépito”.⁴³

A hierarquia clerical estava dividida, por ordem de importância, em: bispos, cônegos, párocos e abades. A Igreja possuía, como conjunto de normas próprias, a doutrina e a dogmática contida nas obras dos teólogos e o código canônico.

As comunidades ocupam seu papel nas relações entre espaço e poder.⁴⁴ Ainda que exista quem afirme que as regulamentações das comunidades eram

⁴¹ Cf. HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 149-479.

⁴² Em “O direito dos Letrados no império português”, A. M. Hespánha explica que como neste modelo familiar os filhos eram “parte” da pessoa do pai, apenas a este cabiam direitos e obrigações, logo, incorporava os ganhos daqueles bem como respondia por suas perdas.

⁴³ LANCELOTO, Paulo. *Institutiones iuris canonici*, I, 4. *Apud*: HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 194.

⁴⁴ Nota-se nesta relação entre espaço territorial e regulação social uma característica marcante dos *Annales*, a geografia-histórica. A delimitação deste espaço depende da comunidade humana com

matérias decididas pelo príncipe, ao aceitar como requisito de validade dos estatutos locais a não oposição por parte do soberano – mesmo que isto seja uma validação tácita – reconhece-se a legitimidade do direito praticado nas comunidades longínquas. Este direito das comunidades manifestava-se em seus estatutos, sua organização e seus costumes. Em Portugal, a estrutura administrativa das cidades estava disposta nas próprias *Ordenações*, o que não extinguiu direitos locais.⁴⁵

Já os senhorios remetiam às concessões territoriais, de origem feudal, estabelecidas. “Chamam-se senhores aqueles que estão constituídos em alguma dignidade ou poder; a quem foi concedida alguma terra, jurisdição ou império; ou em relação aos quais o povo é súbdito’.”⁴⁶ Sendo assim, podemos inferir que o “senhorio” exercia poder – que no vernáculo de então era expresso por *iurisdictio* ou *imperium* – sobre a extensão territorial que lhe era conferida pelo soberano.

Com isso, observa-se que o “Estado” do Antigo Regime não é propriamente tão absoluto, ou mesmo despótico, como costumeiramente afirma-se na contemporaneidade a respeito deste período. Ainda que tivesse a intenção de ser um “Estado totalizante” – e vimos que na verdade ele apresentava-se mais como unificante do que totalizante - via-se limitado pela cultura-jurídica pluralística que vigorava a época, com a coexistência de várias fontes detentoras de poder e fortemente influenciada pelo pensamento cristão.

Resta-nos, então, entender como esta pluralidade de “estados” transforma-se no “Estado”?

Para Hespanha:

A ideia de Estado incorpora, a partir dos finais do séc. XVIII, uma referência muito forte à monopolização do poder político, à constituição de um centro político único na sociedade; a qual, por isso, fica vazia de poder de *imperium* e organizada, apenas por relações políticas paritárias, entre cidadãos iguais, de natureza contratual (“sociedade civil”, “sociedade civil sem império”).⁴⁷

identidade territorial observada, podendo ser uma pequena aldeia, uma província ou até mesmo o reino.

⁴⁵ Cf. HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 249-256.

⁴⁶ PEGAS, Manuel Alvares. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*. Ulissipone, 1669. Tomo XII, ad II, 45, rubr., gl. 1, n. 2. *Apud*: HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 290.

⁴⁷ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 28.

Como visto, um dos polos emanantes de poder no período medieval era a Coroa. Não se questionavam os direitos naturalmente pertencentes ao rei (*regalia*), nem mesmo que este exercia uma jurisdição suprema, porém, a partilha deste poder entre os diversos polos sociais e a ideia de único centro político é que demorou a se estabelecer no pensamento político ocidental.

Três correntes surgem para justificar a unidade do poder. O jusnaturalismo contratualista embasa sua teoria na própria unidade da comunidade humana, que assim o faz por meio do pacto social originário. Já os defensores da monarquia pura encontravam na conquista e na sucessão o primórdio do poder real como senhor único e exclusivo de todos os súditos. Por último, o jusnaturalismo com ideário democrático encontra na unidade da Nação – um agrupado orgânico de pessoas com ligações recíprocas, mesmas tradições e vinculação territorial – o fundamento de um poder supremo.

A equivocidade dos seus fundamentos teóricos assegura, assim, que esta ideia de unidade e exclusividade do poder político – que se começara a gerar com o contratualismo da escolástica franciscana, ainda nos finais da Idade Média, que se robustecera com o contratualismo aberto dos grandes pensadores políticos de Quinhentos e Seiscentos (Jean Bodin, Th. Hobbes) e com o jusdivinismo dos absolutistas de seiscentos (Jaime I, Richelieu, Bossuet), que se vulgarizara com a difusão europeia do jusracionalismo alemão (S. Pufendorf, Chr. Thomasius, J. G. Heineccius), que se legitimara, do ponto de vista democrático, com a adesão de, por exemplo, J. J. Rousseau e que, com o nacionalismo romântico, volta aos tradicionais tópicos holísticos acerca da comunidade – realize, sem problemas, o trânsito do despotismo iluminado para os regimes democráticos revolucionários e destes para os nacionalismos românticos conservadores, constituindo um pano de fundo, permanente mas sempre cambiante, da evolução do pensamento político moderno e contemporâneo.⁴⁸

Com isso, a monarquia de caráter corporativo, com multiplicidade de corpos políticos no reino, passa a monopolizar o papel político. A pluralidade de centros de regulamentação e decisão jurídica passa a uma unidade jurídica. Como consequência, o Direito deixa de se apresentar como ordem natural-tradicional de resolução de conflitos, objeto de argumentação com base na justiça e passa a atuar como um comando - do Estado -, ciência, disciplina (*imperium*), com valores únicos não variáveis e com base na lei. A soberania deixa de agir como um fator de ligação

⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

e representação dos corpos e passa a ser entendida como um poder ilimitado do Estado.

Tal mudança na disposição do poder deve-se, em muito, à crescente influência do pensamento individualista e voluntarista que, mesmo com defensores já na Idade Antiga, toma maior impulso na Alta Idade Média - quando ainda vigorava o pensamento dos “corpos sociais” - e reflete-se na sociedade no tardo medievo e começo do período moderno. Nas palavras de Hespanha:

Embora se lhe possam encontrar antecedentes mais recuados (oposição entre estóicos e aristotélicos, entre agostiniano e tomismo), a genealogia mais directa do paradigma individualista da sociedade e do poder deve buscar-se na escolástica franciscana quatrocentista [**Duns Scotto** (1266-1308), **Guilherme d’Occam** (1300-c. 1350)]. É com ela – e com uma célebre querela filosófica, a questão “dos universais” – que se põe em dúvida se não é legítimo, na compreensão da sociedade, partir do indivíduo e não dos grupos. Na verdade passou a entender-se que aqueles atributos ou qualidades (“universais”) que se predicam dos indivíduos (ser *pater familias*, ser escolar, ser plebeu) e que descrevem as relações sociais em que estes estão integrados não são qualidades incorporadas na sua essência, e não são “coisas” sem a consideração das quais a sua natureza não pudesse ser integralmente apreendida – como queriam os “realistas”. Sendo antes meros “nomes”, externos à essência, e que, portanto, podem ser deixados de lado na consideração desta. Se o fizermos, obtemos uma série de indivíduos “nus”, incaracterísticos, intermutáveis, abstratos, “gerais”, iguais. Verdadeiros átomos de uma sociedade que, esquecidas as tais “qualidades” sociabilizadoras agora tornadas descartáveis, podia também ser esquecida pela teoria social e política. Esquecida a sociedade, *i. e.*, o conjunto de vínculos interindividuais, o que ficava era o indivíduo, solto, isolado, despido dos seus atributos sociais.⁴⁹

Estabelecia-se, então, o modelo intelectual que daria nova luz ao entendimento social, deixando de ver os indivíduos como partes integrantes de um corpo social, passando para o entendimento de que – como explica Villey utilizando a fala de Ockham - “o único conhecimento perfeito, verdadeiramente adequado ao real, é o do individual.”⁵⁰

Para completar o entendimento moderno da teoria política e social do poder, faltava uma justificativa para libertar a sociedade de um vínculo preestabelecido por uma ordem metafísica, liberando os (agora) indivíduos de amarras transcendentais. Isto foi possível por intermédio da teoria voluntarista.

⁴⁹ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 33-34.

⁵⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 230.

Uma das primeiras noções de voluntarismo é encontrada na teologia agostiniana. Para esta corrente, que dá origem ao *providencialismo*, o poder é explicado pela vontade livre de Deus, e, ainda que de forma derivada, pela vontade humana – exercida pelos governantes – que eram representantes de Deus na terra, assim, as dinastias eram revestidas de um poder quase sagrado.

A teologia tomista, com a “teoria das causas segundas”, em que propõe certa autonomia da ordem da criação – as causas segundas – em relação ao Criador – a causa primeira – também oferece bases para um novo entendimento na relação dos fatos da natureza com a Graça do Criador, denotando uma emancipação do saber temporal em face da fé. Curiosamente uma teoria da fé é que acaba por enfraquecer o pensamento fideísta e fortalecer o pensamento racional. A teoria do *impetus*, segundo a qual Deus é motivado por impulsos, leva à crença de que se não há previsibilidade na vontade de Deus, o que resta para entender o mundo é observa-lo externamente de maneira lógica ou empírica, como se não existisse Deus.

Não obstante, segundo Hespanha:

Foram, de facto, Duns Scotto e Guilherme d'Ockham que vieram a retomar a tradição voluntarista, durante alguns séculos submergida pelos pontos de vista jurídicos de S. Tomás. Ainda aqui, a restauração da tradição agustiniana esteve ligada ao colapso das teorias de Aristóteles e de S. Tomás. Se, para estes, o fundamento do direito consistia numa ordem do justo inerente à comunidade humana, agora, desfeita a ideia de ordem natural, o direito não poderia basear-se senão na vontade dos homens ou de Deus. E foi assim que Scotto fundou a obrigatoriedade da lei positiva na convenção de membros da coletividade (“*ex communi consensu et electione*” [por consenso comum e escolha], *Opus Oxoniensis*, IV, 15, 2, concl. 5). E Ockham deu uma volta completa à própria noção de “direito natural”, equiparando-o, num sentido, a direito estabelecido (posto) por Deus nas Escrituras (*in Scripturis...continetur*) [está contida nas Escrituras], *Dialogus*); e noutro, às consequências que decorreriam racionalmente de uma convenção (*i. e.*, de um acordo de vontades) entre os homens, ou de uma regra jurídica positiva (“*illud quod ex iure gentium vel aliquo pacto humano evidenti ratione colligitur, nisi de consensu illorum quod interest, statuatur contrario*” [aquilo que se colhe pela evidência racional do direito das gentes ou de algum pacto humano, a menos que se estipule o contrário pelo consenso daqueles a quem interessa]). A vontade não estaria sequer prisioneira da lógica, pois uma consequência racional poderia ser afastada pelo acordo dos interesses[...].⁵¹

⁵¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 322.

Desta forma, as verdades intelectuais foram superando as verdades da fé, desvinculando a teoria política e social da teologia moral, colocando como protagonista o indivíduo, agora visto como ser livre – das imposições de Deus –, geral, igual e que se relaciona com os fatos da Natureza. O poder passa, então a ser entendido com base na “vontade”.

O Paradigma individualista e voluntarista, que se instaura na pré-modernidade, trás consigo dois temas que estariam no centro das discussões do constitucionalismo, a fim explicar a gênese social e a instituição do poder.

Um deles foi o do carácter artificial ou voluntário da ordem política: o direito e a constituição teriam sido instituídos pelo legislador, ao ser formada a sociedade política – ou pelo legislador constituinte, no contrato social originário; ou pelo legislador ordinário, ao abrigo dos poderes que lhe tinham sido conferidos por aquele contrato. E não, como pretendia o naturalismo do direito comum clássico, colhidos (pelos juristas) da natureza e da tradição. Outro foi o de que a constituição devia ser escrita e solenemente codificada, sob a forma de uma texto, a fim de garantir a mesma certeza e garantia quanto aos seus conteúdos que são proporcionadas pelos contratos privados. Ambas as ideias são férteis em consequências teóricas e normativas.⁵²

Analisando-se a longa duração, percebe-se que, contudo, as mudanças, no contexto social, das relações de poder e da instituição do constitucionalismo não ocorreram de maneira pontual, a partir de um fato – a Revolução Francesa - que marca o início do Estado Constitucional. Mesmo com o (re)surgimento do individualismo e do voluntarismo a partir dos séculos XIII e XIV, as transformações, no seio da sociedade, demoraram a acontecer, fazendo com que, na modernidade, elementos tradicionais do antigo regime convivessem com ideias próprias do iluminismo.

Destarte, os indivíduos, como sujeitos políticos, competiam com sujeitos coletivos – os corpos da sociedade tradicional – em que estes ainda conservavam parcela do poder jurisdicional – com isso mantendo alguns privilégios – mas em uma conformação cada vez mais absorvida e hegemonizada pelo Estado. Como consequência disto, o poder estatal apropriava-se dos direitos e jurisdições particulares, abarcando com isso, também, o “papel constituinte da sociedade”; papel este que antes – no Antigo Regime - era desempenhado pela “Ordem Natural”.

⁵² HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009. p. 37.

Esta apropriação do Direito pelo Estado - com desígnio de monopolizar a experiência jurídica por parte do ente estatal - Paolo Grossi denomina de “absolutismo jurídico”. Sobre a maneira de perceber o direito na modernidade com a decadência do Antigo Regime, Grossi explica que:

A experiência jurídica deve se conformar aos modelos de ações fixados pela vontade soberana; deverá desenvolver-se em uma direção obsequiosamente legalista, sempre *secundum legem*. E para que o controle seja perfeito, a lei deverá ser geral e rígida, mas também clara e certa; e será escrita; escrita em um texto onde todo cidadão possa lê-la; e se poderá decretar (como de fato se decreta) que a ignorância de seus ditames não impede a obrigatoriedade de seu cumprimento. O estatismo moderno traduz-se, em suma, para o direito e para os juristas em um pesado monismo e perpetua durante toda a modernidade – inclusive depois do fim do absolutismo político – um absolutismo jurídico que convive harmonicamente com o liberalismo econômico.⁵³

O Estado passa, portanto, a ser visto como uma entidade racionalizadora da sociedade, ao passo que dirimia transtornos gerados pelo enfraquecimento de instituições medievais (feudalismos) ou por impulsos corporativos – contrários aos interesses gerais – e também por manter a estabilidade do “espírito nacional”. Com isso, o alvedrio do Estado transforma-se em razão, o que, a partir de então, justificará o poder. Deste modo a constituição e o direito não poderão mais ser legitimados em função de uma “ordem natural superior”.

⁵³ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30.

4. DO ESTADO AO CONSTITUCIONALISMO

O Estado não cria direito,
o Estado cria leis,
e Estado e leis
estão abaixo do direito.

(Erich Kaufmann – Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1927)

Superada a observação da “constituição” da sociedade durante o Antigo Regime, resta, para chegar ao constitucionalismo, o exame do Estado. Mas afinal, o que é o “Estado”?

Primeiramente, é preciso ter noção de que o termo “Estado” é um termo plurívoco, que, em especial no estudo das organizações sociais, é compreendido em dois significados possíveis. Assim sendo, o primeiro o entendimento de Estado apresenta-o como instrumento para a efetivação dos fins organizacionais buscados por uma determinada conformação social, estabelecida por um agrupado social em qualquer momento da história. O segundo consubstancia o conceito de uma formação social específica que surge na pré-modernidade, com intenção de centralizar as relações de poder, e assim, as relações sociais, apresentando-se em substituição ao Antigo Regime. A respeito disso, ensina Pietro Costa:

“Estado” é um termo largamente empregado tanto na linguagem comum quanto em várias disciplinas especializadas (do saber jurídico à economia, da sociologia à filosofia). Na impossibilidade de dar conta dos múltiplos usos do termo nos diversos âmbitos do saber, convém introduzir, para delimitar o campo, uma distinção metódica de caráter geral: é possível de fato empregar o termo-conceito “Estado” como um *instrumento* ou como um *objeto* de questionamento. No primeiro caso o objetivo é descrever a forma política de uma determinada sociedade, e o termo “Estado” pretende ser um instrumento funcional para este fim: podemos falar então, por exemplo, do Estado feudal e do Estado absoluto, do Estado francês ou do Estado italiano, ou ainda (de um outro ponto de vista), da crise fiscal do Estado ou da relação entre Estado e mercado. No segundo caso, é propriamente o conceito de Estado, a sua noção histórico-teórica, a ser o objeto de análise: se trata então de compreender de que modo e com quais características veio a ser determinado o termo-conceito Estado no âmbito daqueles idiomas teóricos que o colocaram no seu centro.⁵⁴

⁵⁴ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 81.

Nota-se, com isso, que, neste trabalho, o entendimento de Estado condiz com a segunda, e específica, definição do termo. Entende-se, aqui, que “Estado” é a organização social que surge em substituição ao Antigo Regime, sendo inapropriado seu uso para referir-se a outras formas de composição social, destoando, neste ponto, da valorosa doutrina recorrida.⁵⁵

De todo modo, “quando, diferentemente, nos interrogamos sobre a noção histórico-teórica do ‘Estado’, o tempo histórico do Estado coincide como o processo de formação e de afirmação de seu conceito.”⁵⁶

Sobre este processo da formação conceitual do Estado, Hespanha aponta que:

A palavra “Estado” é muito antiga na tradição política europeia. “Estado” (“*status*”, “*stato*”, “*estal*”, “*estado*”, “*estate*”, “*Staat*”) significou antes de tudo um bem fundiário e, relacionado com isto e no plural, ou o património de um príncipe ou os “estados” territoriais; para além disto, designou o estado de uma comunidade, no sentido da sua constituição e equilíbrio; depois, a corte de um príncipe, o seu regime e as esferas da sua política; até, finalmente, ser utilizado como sonónimo de “*Res-publica*” (*Gemeinwesen*, coisa pública): na Itália, desde 1500; na França, no decurso do século XVI; em Inglaterra e, já muito continuamente, na Alemanha, no século XVII. Em França, já no século XVII se falava de “*état souverain*”, embora – tanto aqui como, sobretudo, em Inglaterra, a expressão concorresse com outras: “*republique*”, “*nation*”, “*realm*”, “*country*” e outras semelhantes.⁵⁷

Sem embargos, não se pode olvidar a construção doutrinária do conceito – em sua acepção histórica-teórica - apresentada pela argumentação de Pietro Costa:

O termo “Estado” possui uma história lexical relativamente recente: é Maquiavel que no Príncipe fala de “*stat*” (e “*domini*”) para referir-se a forma política da sociedade e apenas gradualmente a expressão “Estado” se difunde até ocupar o centro do discurso político-jurídico do século XIX. No léxico medieval eram outros os termos de referência: *civitas*, *respublica*, *regnum*, *imperium*. Para perceber então o aparecimento histórico-teórico do termo-conceito “Estado” é necessário compreender a descontinuidade por ele introduzida com relação à representação medieval e protomoderna da ordem política.⁵⁸

⁵⁵ Cf. COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 81-82.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 82.

⁵⁷ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.

⁵⁸ COSTA, P. *Op Cit*. p. 82.

Conforme visto no capítulo anterior, a sociedade medieval era considerada uma totalidade cuja constituição era disposta hierarquicamente em classes que desempenhavam papéis desiguais – correspondendo ao *status*. Todavia a unicidade do todo era sobreposta à distinção entre as partes, o que dava unidade ao mundo medieval e propiciava a existência de uma ordem. Esta ordem possuía caráter “natural”, não sendo entendida a partir de uma imposição do detentor do poder. Com efeito, a existência de uma “ordem natural” figurava como motivo para que fosse observada tal “ordem”, aproximando, desta forma, a ordem política e a ordem social.

Para desconstrução deste entendimento, surge o discurso que intenta destituir a noção de autonomia – dos corpos –, em que o cidadão pertencia a uma cidade, a um corpo, passando a exaltar a ideia de soberania – do governante – onde o soberano é a essência do sistema, existindo uma relação de submissão entre súdito e soberano. Com isso, inicia-se o processo de formação da soberania moderna.

A respeito desta quebra de paradigma, ao comentar os ideais difundidos por Hobbes, Pietro Costa diz:

Caem com o jusnaturalismo hobbesiano os principais pilares da tradição: a ordem não é inscrita na natureza da convivência humana; longe de serem espontaneamente ordenados, os indivíduos são os detentores de um poder que não encontra em si mesmo limites ou freios e se traduzem num conflito destrutivo. Natural, então é a desordem, natural é o conflito, enquanto a ordem deve ser construída, inventada, decidida, num horizonte já distante da medieval *societas cristiana* e marcado pela virada epocal da secularização. Longe de ser o ponto culminante de uma ordem existente, o soberano é indispensável veículo de uma ordem artificial; e pode sê-lo somente com a condição de concentrar em si os poderes de todos os sujeitos. O caráter absoluto do poder de qualquer sujeito no estado de natureza deve corresponder ao caráter absoluto do poder do soberano na sociedade civil.⁵⁹

Tal pensamento fundamenta a legitimação da “soberania” como poder sem limitações, bem como favorece o distanciamento entre ela e a sociedade. Na visão moderna, a soberania funda-se em um poder ao qual não se possa resistir, e é esta supremacia que confere ao Estado a função de ordenar, mister que no Antigo Regime era desempenhado pela “Ordem Natural”.

⁵⁹ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 83-84.

A impossibilidade de resistir à soberania permite ao Estado resolver os conflitos, que teriam origem na condição hostil natural do homem, como defendeu Hobbes no “estado de natureza”.

A lei apresenta-se, neste momento, como a representação da soberania e do Direito. “A lei é a expressão da vontade soberana e a medida do justo e do injusto: é a vontade soberana legiferante a condição necessária e suficiente da ordem.”⁶⁰

O Estado, então, surge com base na soberania, este poder ilimitado e que alicerça uma visão dualista de ordem que se divide em dois subsistemas diferentes, todavia interligados. A respeito desta maneira de entender as relações sociais e políticas, aduz Pietro Costa:

Uma tal visão da ordem não é privilégio de uma específica linha doutrinária, mas tende a repropor-se de variadas formas, em numerosos idiomas teóricos, seja além ou aquém do canal da Mancha, mesmo antes da revolução francesa (pensemos, por exemplo, na fisiocracia), para vir a ser, enfim, um esquema obrigatório da cultura político-jurídica oitocentista: valem como demonstração os exemplos de Hegel e de Marx; de Hegel, que faz da sociedade civil um momento determinante do processo dialético culminante no Estado; de Marx que, se critica Hegel por ter invertido a relação “real” entre Estado e sociedade civil, reconhece seu mérito de ter compreendido, na distinção entre Estado e sociedade civil, a marca da modernidade. Convirá, talvez, notar um singular deslocamento semântico: a esfera extraestatal (obscurecida pelo jusnaturalista “estado de natureza”) é denominada empregando aquele termo de “Sociedade civil” que no léxico jusnaturalista marcava o momento da soberania.⁶¹

Ficou assim estabelecida na visão moderna – opondo-se à ordem “sociopolítica” de carácter unitário que se observou no período medieval - uma estrutura dualista que separava a ordem social da ordem política.

Esta conformação que se consolidou na modernidade, ensejando a organização do Estado com base na soberania, não permaneceu, contudo, ileso às críticas e reformulações, sobretudo no que diz respeito a impor limites ao soberano em benefício de seus súditos. Porém, mesmo estas limitações não extinguem o dogma da soberania “absoluta”, atenuando-a com corretivos internos.

Estabelecida a ideia de “Soberania”, entra em cena uma nova figura que buscou justificar de outra maneira a fixação deste poder; cria-se o “contrato social”.

⁶⁰ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 84.

⁶¹ *Ibidem*. p. 86.

O contratualismo cria uma nova imagem da soberania – artificial e útil aos anseios dos sujeitos – cuja legitimidade, agora, era sustentada pelo consenso.

Nota-se que a base da estrutura deixa de serem os corpos sociais e passa a ser o sujeito, observada a relação deste com o poder - soberano. No entanto, ainda que o fundamento do poder esteja no consenso, as consequências constitucionais não aparecem de imediato, o que também não impede que elas surjam a partir das revoluções, tanto francesa como a americana.

Em relação à soberania o otimismo setecentista encontra na “filosofia” da revolução não só uma confirmação, mas uma caixa de ressonância: o consueto círculo vicioso entre soberania, lei e liberdade é fortalecido pela nova imagem do titular da soberania, que remete não mais ao monarca (mesmo sendo iluminado), mas à nação, ao ente coletivo, ao “corpo”. Eixo principal da relação entre soberano e indivíduo torna-se então (por força das coisas, para além de “filológicas” filiações) o *páthos* “corporatista” do rousseaniano *Contrato social*: sendo o soberano o eu comum, o corpo coletivo, coincidindo os muitos com um único, a relação do sujeito com o soberano é regida pela convicção de que o “corpo não pode causar dano a seus membros”.

É nesse campo (a visão otimista da soberania, fortalecida pela imagem “corporatista” da nação soberana) que se enraíza uma tendência característica da publicística revolucionária: a escassa atenção demonstrada em relação às “garantias”, em relação aos mecanismos jurídico-institucionais, capazes de tornar efetivas as liberdades solenemente declaradas protegendo-as das intromissões do poder: não é preciso ter garantias porque, como queria Rousseau, o corpo não prejudica os seus membros; as tentações despóticas do poder são bloqueadas, na raiz, pela própria natureza do portador da soberania.⁶²

Com efeito, nos debates revolucionários não se falava, ainda, em “Estado de Direito”, entretanto, neste momento, já pode contemplar as precondições do futuro Estado de Direito. Sobre o contratualismo francês e suas consequências, ao comentar sobre as ideias de Sieyès (1748-1836), Pietro Costa diz:

Pensem na França e em Sieyès. Sieyès ainda utiliza uma fraseologia contratualista, mas a transfere por assim dizer, do céu para a terra, do originário estado de natureza ao conflito político-constitucional eclodido na França de 1789. É o contrato, para Sieyès, o fundamento da ordem política; mas os sujeitos chamados a firmá-lo são os franceses de seu tempo: os franceses que, enquanto membros do terceiro Estado, juridicamente iguais entre si, não “privilegiados”, compõem a nova e autêntica nação; e é esta nação o novo ente coletivo a que se imputa o processo revolucionário e a ordem que dele decorrerá. O ponto de virada é dado a partir da vontade “contratual” dos sujeitos; estes, porém, compõem aquele ente coletivo – a nação – que é o único possível detentor de uma soberania legítima, já que

⁶² COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro (Org.); ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emilio (Colab.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 104-105.

fundada sobre o consenso, e a nação, por sua vez, exprime-se em uma assembleia representativa chamada a realizar a ordem nova exercitando um verdadeiro e próprio poder constituinte.⁶³

Com isso, firma-se a relação entre nação e soberania. Todavia deve-se observar com ressalvas a experiência constitucional francesa, de cunho voluntarista, tendo em vista que sofrera o que se pode chamar de “efeito reverso do poder constituinte”, dado o terror implantado com a tomada do poder pelo povo. “Não se trata de uma desconfiança meramente ‘doutrinária’: agem como pano de fundo e espectro do ‘jacobinismo’, o temor da maioria ‘despótica’, [...], a percepção da potencialidade ‘eversiva’ do poder constituinte.”⁶⁴

É no contexto da França assediada, da revolução ameaçada, que a relação entre soberania e lei, entre constituição, governo e direitos, põe-se em uma nova e dramática luz. Tanto para Robespierre quanto para Saint-Just é inútil apelar-se à constituição quando é urgente a exigência de enfrentar o inimigo e salvar a pátria: são necessários ao terror e a virtude; é necessário um governo pronto para reagir e golpear, livre dos impedimentos, das lentidões e da abstração das regras; não é a lei que conta, mas a excepcionalidade da situação; é o “estado de exceção” o princípio que impõe a defesa terrorista da liberdade republicana: é a “necessidade”, é “a mais santa de todas as leis, a salvação do povo” que legitima o governo revolucionário tornando-o “terrível para com os maus”, “favorável aos bons”. E será, de novo, Condorcet que, debalde, irá opor ao “estado de necessidade”, “pretexto da tirania”, a exigência de indicar taxativamente os limites e a duração das medidas excepcionais, de manter, em suma, os parâmetros essenciais da justiça comum e da legalidade.⁶⁵

Porém, o modelo de ruptura revolucionária, de origem francesa, ainda que com grande ressonância pela Europa, não era o único a surgir. Diferente do contexto francês apresentava-se o modelo liberal da Grã-Bretanha - com referenciais teóricos em Hume, Hutcheson, Smith e Blackstone - em que a harmonia social era tida na liberdade de busca de interesses próprios.

A ordem político-social da Grã-Bretanha setecentista podia parecer, por boas razões, para muitos intelectuais “iluminados” como a melhor aproximação possível ao modelo de convivência por eles aconselhado. A imagem de sociedade na qual diversas filosofias sociais, tanto francesas

⁶³ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 90.

⁶⁵ COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro (Org.); ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emilio (Colab.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 105-106.

quanto inglesas (e em particular escocesas), acabavam por se encontrar tem um caráter “dicotômico”: o segredo da ordem é colocado essencialmente na ação dos sujeitos e na sua interação; a sociedade se organiza espontaneamente em torno de algumas regras constitutivas (a liberdade, a propriedade, o contrato), ao passo que o poder político intervém “de fora”, como instrumento de tutela e de proteção. A liberdade individual (a liberdade de expressão, a liberdade de satisfazer as necessidades na forma “racional” da propriedade e do contrato) é a linfa vital de uma ordem que vive independentemente da intervenção e das decisões do poder soberano, ao passo que a legitimação deste último é colocada no nexo funcional que o une à sociedade. Quer se acredite ainda nos argumentos jusnaturalistas e contratualistas aos quais Locke recorria, quer se volte, antes, aos diversos esquemas fundadores, a lei do soberano não tem um valor constitutivo, mas possui somente uma função protetora e fortalecedora de uma ordem que se enraíza na mesma ordem da ação intersubjetiva.⁶⁶

Por certo, este não era o modelo plenamente vivido na Grã-Bretanha setecentista, entretanto, não era, também, uma realidade utópica. Pode-se dizer que este era o ápice uma modelo teórico que foi desenvolvido na Inglaterra nos séculos anteriores.

A monarquia inglesa, até o século XVII, a exemplo do que acontecia no continente, buscou um poder centralizado e consolidado. Foi no decorrer deste século - alvoroçado pela guerra civil, Revolução Gloriosa, e outras conturbações – que a soberania foi dividida e limitada, e nem por isso a “ordem” foi enfraquecida.

Após o período revolucionário, na Inglaterra, as relações equilibram-se não pela centralização do poder, mas por sua partilha em conformidade com o *common law*. Neste sistema, a ordem jurídica não é estabelecida pelo soberano, ela é retirada da tradição, cresce a partir de seus princípios, transforma-se e vigora como um conjunto coerente de normas ao qual o poder político deve se submeter.

O *common law* é, romanisticamente, *ratio escripta*: não razão abstrata, razão natural, mas razão historicamente realizada graças a uma técnica posta e transmitida por gerações de juristas e juízes; razão artificial, portanto, razão técnica, razão objetivada, incorporada em um sistema de normas, razão coletiva, expressão de um *corpus* de *sapientes* que, de geração em geração, aperfeiçoam o sistema, refinam-no e adaptam-no às circunstâncias mutáveis. É a juristas como Coke, Hale, Blackstone que se devem a representação e legitimação de um tipo de ordem que se integra com o novo curso constitucional inglês e se apresenta como um sistema normativo do qual derivam as posições de vantagem, de liberdade e os direitos dos sujeitos.⁶⁷

⁶⁶ COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro (Org.); ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emilio (Colab.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 108.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 109.

Este paradigma com fortalecimento “sócio-jurídico”, menos suscetível a intervenções governamentais, é a concretização, no âmago social, de uma estrutura reflete um padrão pensado e que se consolida na Grã-Bretanha do século XVII.

Dentre os modelos constitucionais, tem-se, ainda, o arquétipo apresentado pela federação americana, que surge como uma espécie de misto combinatório entre o modelo contratual francês e o modelo do *common law* inglês. Do exemplo francês, traz a exigência de uma constituição escrita, convertendo em normas jurídicas positivas os direitos humanos, os direitos naturais. De fato, em ambos os contextos, são notórias as motivações que levam ao processo constitucional, bem como, resta claro o poder que a constituição deve limitar: no caso americano busca-se a mitigação da força opressora da metrópole; no caso francês, o objetivo é modificar toda uma organização político-social que predominou com a estrutura feudal.

As colônias americanas não combatem contra o feudalismo: lutam contra a soberania do parlamento inglês e contra o exercício tirânico da soberania no qual esse, segundo eles, incorreu. A percepção da potencial periculosidade da soberania popular encontra, portanto, precoces e importantes manifestações no debate americano, no qual as teses de Jefferson ou de Paine, que pretendem reconduzir o edifício constitucional à “absoluta” vontade de um poder que, em qualquer ocasião, pode “recomeçar de novo” e reescrever as regras do jogo, contrapõem-se à posição de quem, como Adams, mesmo não renunciando ao fundamento último da soberania popular, quer, diluir, porém, o impacto da mesma recorrendo ao federalismo e ao equilíbrio dos poderes.⁶⁸

Nota-se, tanto no episódio francês como no caso americano, um processo constituinte – diferente do estabelecido na Inglaterra - em que o poder constituinte positiva direitos dos sujeitos. Não fossem positivados estes direitos, estariam eles sujeitos ao esquecimento e à sucumbência, dada a fragilidade de seus estatutos “naturais”. No entanto, neste momento em que se expressa a vontade constituinte, a escolha americana diverge da “vontade constituinte” francesa ao não se submeter a escolhas tais como: a onipotência da nação, a centralidade da lei e a relação criada entre lei e direitos, aproximando-se a opção americana, neste ponto, do paradigma britânico.

⁶⁸ COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro (Org.); ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emilio (Colab.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 112.

No caso português, António Manuel Hespanha refere-se a um jus-racionalismo tardio” que teria gerado uma teoria polivalente para a revolução constitucional e consequências para o desenho institucional do Estado, quais sejam:

Em primeiro lugar, foi ele que estabeleceu a ideia-guia de um Estado legal, baseado num direito igual, geral e abstrato, e, por isso, numa cidadania geral (igualdade dos cidadãos perante a lei). Embora esta ideia não tenha podido triunfar imediata e completamente sobre o princípio da diferenciação dos súbditos em ordens ou estados, levou, no entanto, em Portugal, à abolição de certas distinções políticas (como a de “cristãos novos” e “cristãos velhos”), a certas medidas anti-esclavagistas, como a abolição da escravatura na metrópole no tempo do Marquês de Pombal (02.02.1761), bem como a uma notável flexibilização da estratificação política que abriu portas, por exemplo, ao princípio meritocrático ou a uma rápida renovação da nobreza, nomeadamente, da titulada, incorporando nela os “beneméritos da revolução” (a que outros chamavam “devoristas”).

Em segundo lugar, foi o jus-racionalismo que enunciou a pretensão de fundar o direito, não na pura e arbitrária vontade do soberano ou numa natureza das coisas, tal como era percebida pelo uso e pelo senso comum, mas numa averiguação científica da natureza da sociedade e do homem. Fazendo com que o direito, no seu cerne, escapasse, por isso às contingências do tempo e dos lugares, podendo ser formalizado em documentos legislativos tendencialmente duradouros – os Códigos -, nos quais estivessem consagrados os princípios reguladores da sociedade civil, do mesmo modo que nas constituições estavam prescritos os que ordenavam a sociedade política. Daí a equivalência constitucional entre Código e Constituição, então claramente percebida e ultimamente tão sublinhada.

Em terceiro lugar, o projecto de centralização do poder nas mãos dos monarcas absolutos, não apenas antecipou a centralização do poder nas assembleias absolutistas do liberalismo, como preparou o reforço do Estado que iria ser necessário para impor a nova ordem aos estados e corporações privilegiados e constituir os fundamentos da nova sociedade burguesa. Para além disso, a centralização do governo e a ideia de que governar, mais do que o tradicional “fazer justiça” das monarquias corporativas, era a promoção social, económica, cultural, urbanística, científica etc., da sociedade, traduziu-se na construção de uma panóplia de aparelhos administrativos (desde o sistema de ensino público a instituições bancárias e de crédito, companhias de fomento, prisões e asilos, hospitais, para além das repartições administrativas que, em geral, cuidavam da administração política e civil etc.) que, paradoxalmente, o liberalismo iria utilizar para construir a nova sociedade civil, em todos os seus vectores.⁶⁹

Não bastasse toda essa reformulação que delineou o Estado português, Hespanha afirma, ainda, que o jus-racionalismo – tardio – centralizador que se difundiu em Portugal fixou a noção de governo como ciência na qual “se apoiará a função estadual na época contemporânea”.⁷⁰

⁶⁹ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009. p. 52.

⁷⁰ *Idem*.

Quanto ao contexto da implantação constitucional no Brasil em 1824, Arno Wehling, em rápida reflexão, aponta que a forma monárquica mitigou a ruptura. No cenário econômico permanece a dependência externa que caracterizou a colônia. No contexto social não existiram grandes mudanças (se é que elas existiram), e, mesmo a independência política não alterou as estruturas sociais. Assim, afirma o historiador brasileiro:

Parece claro assim que o choque das idéias liberais gestadas na França e no mundo anglo-saxônico com a realidade brasileira de domínio da aristocracia, escravidão e dependência econômica foi atenuado pela vigência de uma modelo sócio-político e institucional, neste liberalismo da Restauração, que admitia, em sua própria raiz europeia – e isso não passou despercebido no Brasil – a exclusão social, a divisão internacional do trabalho e o domínio político da nova aristocracia da riqueza móvel. Acresce que esta percepção legitimadora do conservadorismo brasileiro foi reforçada pela existência, no país, da tradição ibérica, que de modo algum tinha sido eliminada pela importação das concepções franco-anglo-saxônicas.⁷¹

Percebe-se que, no Brasil, a suposta ruptura, derivada da independência e do movimento constitucionalista, propiciou mais permanências do que mudanças, ao contrário do que ocorrera nos modelos europeus e no modelo norte americano.

A nação torna-se, então, símbolo da legitimação da ordem política, contudo, no século XIX, este conceito recebe interpretações diversas e até mesmo incongruentes.

Acontece que certas nações europeias, algumas das quais – como a Alemanha e a Itália – ocupavam lugares centrais no panorama do saber jurídico europeu, não conheceram um Estado nacional até o terceiro quartel do século XIX. Nestes casos de privação de identidade política, a consciência nacional não apenas se manifestou de forma mais intensa, marcando muito fortemente todas as áreas da cultura, como reagiu contra a ideia de que o Estado e o seu direito (legislado) pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de um povo.⁷²

⁷¹ WEHLING, Arno. **Ruptura e continuidade no Estado brasileiro 1750-1850**. Historia Constitucional Revista Electrónica, Universidade de Oviedo, v. 5, 2004.

⁷² HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 409.

Desta forma, é “na Alemanha que se forma a visão da nação, do povo (do Volk), que explicitamente toma distância dos modelos imputados (com simplificação polêmica) ao iluminismo e à revolução francesa.”⁷³

Com a valorização de um direito encontrado nas formas tradicionais e espontâneas de organização - principalmente as que mantinham maior relação com a tradição nacional, como as remotas formas comunitárias de vida e os conselhos medievais – a escola histórica alemã, para a qual o direito estava no “espírito do povo”, consolida a ideia de nação. Sobre isso, aduz Hespanha:

O Estado, tal como surgira dos movimentos políticos contratualistas, era, de facto, uma abstração. Produtos de um contrato idealizado, realizado entre sujeitos puramente racionais, cujo conteúdo decorria das regras de uma razão a-histórica, o Estado (e o Código) não tinham nem lugar, nem tempo. Eram formas universais, indiferentes a quaisquer particularidades culturais ou nacionais. Era isto que uma cultura de raízes nacionalistas, ancorada nas especificidades culturais dos povos, não podia aceitar. Uma organização política e jurídica indiferenciada, exportável, universalizante, aparecia, quando confrontada com os particularismos das tradições nacionais, como um artificialismo aberrante, que decorria precisamente do papel estruturante que tinha sido atribuído à vontade política dos soberanos ou das assembleias representativas pela teoria constitucional estadualista. Libertos do império e da tradição, os órgãos do Estado tinham a ilusão de poderem querer tudo. A Nação, essa realidade intemporal em que os mortos mandavam mais do que os vivos, era identificada com a geração atual ou, mais restritivamente ainda, com a nação representada nos parlamentos de acordo com os mecanismos eleitorais, também considerados artificiais e contrários aos modos naturais de as sociedade se manifestarem.⁷⁴

No mesmo sentido, referindo-se ao pensamento alemão na conformação do Estado-Nação, Pietro Costa diz que:

Nesta perspectiva, a nação não é reconduzível a uma soma de atos de vontade: a matriz contratualista do “modelo francês” deve ser rejeitada como uma abstrata, metafísica herança jusnaturalista; cada povo é uma unidade complexa ético-espiritual que se forma na história e da história retira as suas inconfundíveis características. A nação não repousa sobre a vontade dos sujeitos, mas se forma espontaneamente, num longo processo histórico; e os sujeitos, longe de imporem com as suas vontades uma determinada forma à nação que pertencem, extraem dela a sua identidade mais profunda. E é do Volk que surge, em um determinado nível de seu desenvolvimento histórico-espiritual, o Estado: que não é uma máquina

⁷³ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89.

⁷⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 409-410.

inventada para o uso e consumo dos sujeitos, mas é um organismo vivente, a expressão historicamente necessária e visível da nação.⁷⁵

Não obstante, mesmo na visão organicista e histórica, permanece arraigado um laço que liga as noções de Nação e Estado, sendo “a Nação o terreno histórico-espiritual no qual o Estado finca suas raízes.”⁷⁶

Todas [...] dificuldades se resolverão com a renovação, a partir da segunda década do século XIX, de um imaginário organicista, em que a Nação já não aparecia como a entidade que, contratualmente, entregara o poder político aos monarcas, mas como uma ordem política objetiva, contendo em si mesma: a distinção entre governante e governados, as vinculações a um espaço, a uma história, a uma alma ou a um “espírito”, a comunhão natural num direito. Tudo isto permitia prolongar a gramática social corporativa. Aqui, tanto a legitimidade de quem governa (o reino, a família), como o estatuto discriminatório de quem é governado – em maior ou menor grau – por outrem, apareciam com uma explicação consequente. A comunidade (a Nação) não era constituinte por um golpe combinado de vontades, mas constituída (pela natureza), segundo uma geometria não universal nem igualitária. Ou seja, nem todos os súbditos tinham que pertencer à mesma Nação, como nem todos os nacionais tinham que ter capacidade civil, muito menos capacidade política. Tudo isto dependendo de geometrias variáveis, ligadas à tradição e ao génio dos povos.⁷⁷

Logo, o que se percebe a partir destes estudos históricos do âmbito constitucional, é que, independente da diversidade das discussões e das soluções – dos modelos de construção artificial ou de construção histórica - existe uma profunda relação entre soberania, liberdade, ordem política e ordem social, que se encontra no meio das tensões entre poder e direito.

Historicamente, existe a necessidade de limitar o poder por meio de normas que estabeleçam essa limitação e regulem o seu exercício por parte daquele ou daqueles que o conservam. Este regramento é uma exigência antiga, mostra-se de formas diferentes de acordo com as várias formas em que se organiza o poder nos diferentes contextos históricos.

A soberania, na modernidade, traduz o poder de forma ilimitada. Com a ruptura com o Antigo Regime, em que a função desempenhada dentro do todo delimitava naturalmente este poder, a soberania - componente do Estado -

⁷⁵ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009. p. 49.

apresenta-se em seu caráter absoluto, sem que nenhuma ordem preexistente possa ser oposta a sua vontade, o que faz surgir a limitação pela revolução.

A onipotência da nação soberana é um dos símbolos constitutivos da revolução francesa. Claro, que não menos importantes são os direitos individuais, a liberdade e a propriedade, assumidos como pedra angular da nova ordem. É prevalecente, porém, nos debates revolucionários (não obstante as premonições de Siyès e Condorcet) uma atitude otimista em relação à soberania: é compartilhada a convicção (já tipicamente rousseauniana) que o soberano (enquanto expressão da Nação dos iguais) aja necessariamente pelo bem do corpo político e exista assim, uma espécie de harmonia preestabelecida ente soberania e direitos, entre nação e indivíduos.

O fim da ilusão é provocado pelo terror jacobino. É a dramática experiência da força terrível e abrangente do poder que faz com que o primeiro liberalismo (pensemos em Constant) tematize a tensão entre indivíduo e o soberano e coloque na ordem do dia o problema dos limites do poder: o soberano demonstrou ser exposto à recorrente tentação do despotismo; é necessária então utilizar os direitos absolutos dos sujeitos e impor vínculos ao exercício arbitrário do poder; é necessário um poder *sub lege*, controlado em última instância pelo supremo tribunal da opinião pública.⁷⁸

O constitucionalismo francês, de matriz contratual, vê o constitucionalismo como uma limitação da soberania, acordada no poder constituinte e disposta na constituição escrita.

O constitucionalismo inglês, vê na não intervenção a limitação da soberania e na *common law* um sistema sócio-jurídico de garantir esta limitação e os direitos dos sujeitos, sem a necessidade de uma constituição escrita em que esteja disposto o conteúdo desta limitação.

Para a dogmática alemã, que teve um Estado Nacional tardio, a constituição é formada a partir de um complexo processo histórico, do qual derivam as características da Nação.

O constitucionalismo surge, então, como um fruto do Estado, sendo este entendido como a organização político-social que substituiu o Antigo Regime.

As conformações do Estado derivam das relações de poder que nele se estabelecem.

A forma de estabelecer o modelo constitucional desenvolvido por cada Estado depende do marco teórico por ele adotado.

⁷⁸ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 93.

Vistos os principais modelos constitucionais, seu surgimento e suas histórias, pode-se refletir sobre o debate travado entre Ferdinand Lassale (1825-1864) e Konrad Hesse (1919-2005), sobre o que é a Constituição.

Para o primeiro - em um escrito de 1863 - existem duas constituições: a constituição real e a constituição escrita.

A constituição real é arquitetada pela “*soma dos fatores reais do poder que regem a nação.*”⁷⁹ Estes, por sua vez, atuam no seio de cada sociedade como força ativa que concebe as leis e as instituições que regem determinada sociedade. A constituição real ganha, contudo, conotação jurídica ao consubstanciar esses fatores reais de poder. Segundo Lassale:

Juntam-se esses fatores *reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão *escrita*. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores *reais do poder*, mas sim verdadeiro *direito* – instituições *jurídicas*. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.⁸⁰

Assim, a constituição real é formada a partir da história de uma nação, “pois todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição *real e verdadeira.*”⁸¹

Destarte, a constituição será mais confiável e duradoura se refletir os fatores reais de poder, sendo que “de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.”⁸²

Lassale acredita que:

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.⁸³

⁷⁹ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p. 37.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*. p. 49.

⁸² *Ibidem*. p. 64.

⁸³ *Ibidem*. p. 67.

Com isso, nota-se que para Lassale – influenciado pela escola histórica alemã - a constituição real é o conjunto dos fatores reais do poder que conduzem a sociedade, condicionada por uma realidade histórica, sendo a constituição escrita apenas uma *folha de papel* se não refletir a constituição *real*.

De outra forma, para Konrad Hesse – que lança a réplica quase um século depois, em 1959 - “a Constituição não figura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser”⁸⁴ com força impositiva que, em uma relação de reciprocidade, é determinada pela realidade política e social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a elas.

Para Hesse, “‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.”⁸⁵

Em sua argumentação, Hesse defende que a eficácia da constituição jurídica consiste em sua transformação em “força ativa”. Não exclui, ele, a vinculação da Constituição às forças espontâneas.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).⁸⁶

Explicando a tendência “voluntarista” da Constituição, continua Hesse:

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor que uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem

⁸⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Die normative Kraft der Verfassung. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*. p. 19.

constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência por que a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo.⁸⁷

Em sua conclusão, ao refletir se o futuro do Estado remete à questões de poder ou à problemática jurídica, Hesse afirma que isto depende do estabelecimento da força normativa da Constituição, tendo a “vontade de constituição” como seu pressuposto fundamental.

Logo, aproximando-se do ideal francês, Hesse vê a constituição em um documento escrito, solene que impõe uma força normativa intensa, em relação de coordenação e influência recíproca entre a realidade social e a constituição jurídica; estabelecendo, também, contorno e limite ao Estado. Em sua relação com a sociedade, esta força normativa presume um requisito de existência: a “vontade de Constituição”.

Por fim, com este trabalho buscou-se destacar a importância de uma visão histórica de longa duração como meio para compreender o surgimento do constitucionalismo como fruto do Estado, bem como, para visualizar a conformação dada à sociedade moderna que substituiu a sociedade do Antigo Regime, e para entender o estabelecimento da Constituição como norteadora de um novo regime jurídico.

⁸⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Die normative Kraft der Verfassung. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

5. CONCLUSÃO

As pesquisas aqui desenvolvidas buscaram demonstrar a necessidade de uma apreciação histórica acerca da formação do Estado e do Constitucionalismo, tendo em vista a constante revisão sobre o entendimento do passado para a compreensão do presente e planejamento do futuro.

Para isso buscou-se apoio nos preceitos historiográficos desenvolvidos pela Escola dos Annales, também conhecida como Escola Francesa.

A Escola dos Annales surge com a fundação da revista *Les Annales d'Histoire Économique e Sociale*, fundada por Lucian Febvre e Marc Bloch, em 1929. A revista ganha expressão e torna-se um movimento com características próprias.

Os adeptos desta linha historiográfica buscaram combater a historiografia tradicional em que a forma dominante de contar a história apresentava-se na narrativa dos grandes acontecimentos políticos e militares, sendo conhecida como a história dos grandes feitos e grandes homens.

Nas obras de Marc Bloch já se podia observar uma característica que, anos mais tarde, Fernand Braudel denominaria de “longa duração”, em virtude do período analisado. Também, retiram-se das obras de Bloch a “psicologia da crença”, um marco para a “história das mentalidades”, e os estudos comparativos, a exemplo das comparações entre as populações inglesa e francesa. Percebe-se, ainda, nas obras de Bloch, a observação de técnicas e costumes rurais e o uso de fontes não literárias.

Em Lucian Febvre, a característica mais importante está em não permitir o “anacronismo” ao imputar aos fatos do passado consequências inconcebíveis à época dos acontecimentos.

Fernand Braudel, outro expoente dos Annales, apresenta-nos a característica mais marcante para os estudos aqui desenvolvidos: a longa duração, tempo em que se podem perceber as permanências e as mudanças na história.

A respeito da metodologia escolhida, conclui-se que, mesmo não tendo sido uma metodologia construída para a história do direito, suas características – a longa duração, as mentalidades coletivas, a observação da sociedade, os estudos comparativos – podem ser perfeitamente aproveitadas para os fins específicos que

se buscam na história do direito, pois o direito é produzido nos seio da sociedade sendo ele mesmo um processo social.

Para cumprir os objetivos propostos pela metodologia, fez-se um estudo que se inicia no período medieval, analisando a conformação social, as relações de poder e o entendimento do direito no Antigo Regime.

Nota-se que a sociedade neste período era uma sociedade estamental, onde o “*status*” correspondia à função desempenhada pelo indivíduo na sociedade. Havia, neste momento, uma composição social corporativa, em que os vários corpos gozavam de autonomia para se autorregular. Existia, então, uma pluralidade de centros emanantes de poder e o direito era visto como um meio de ordenar a sociedade, em que a “ordem” não era entendida como uma imposição, mas como fator que organizava a estrutura social.

No Antigo Regime, se o direito era visto como instrumento que coloca as coisas em seus devidos lugares, a justiça realizava-se ao dar a cada um o que correspondia à posição - “*status*” - a que pertencia o indivíduo. Esta disposição social era tida como “natural” por influência do pensamento cristão.

Por essa multiplicidade de corpos e de centros de poder, o soberano não era o detentor exclusivo do poder, mas sim a representação da unidade social.

O pensamento medieval começa a mudar com a difusão das doutrinas voluntaristas e individualistas, diminuindo a importância dos corpos e priorizando o indivíduo. Assim, a soberania deixa de ser entendida como fator de ligação dos vários centros de poder e passa ser entendida como poder ilimitado.

O Estado, a partir do pensamento individualista e voluntarista, passa a ser visto como resultado de uma convenção contratual. Por possuir poder ilimitado torna-se o ente racionalizador da sociedade, solucionando problemas gerados pela dissolução das instituições medievais e mantendo a estabilidade “nacional”.

Conclui-se, com isso, que o Estado é a conformação social surgida com o fim do Antigo Regime, que centralizou o poder.

Para delimitar os contornos do Estado e mediar a relação deste com os indivíduos, surgem os movimentos constitucionalistas.

Entre os principais modelos está o francês, de origem revolucionária e natureza contratual, que exige que as “cláusulas” que regem o Estado estejam escritas em uma “Constituição”.

O modelo inglês tem origem histórica e fundamenta-se na liberdade dos indivíduos e na não intromissão do Estado. Tem por base a *common law*, sistema em que não há necessidade de uma “Constituição” escrita, e sim a observação da tradição com adaptação desta à realidade em que se aplica.

Por sua vez, no modelo constitucional americano, percebe-se uma mescla dos modelos anteriores. Nele vemos a origem revolucionária – ainda que por motivações diferentes da francesa – e a exigência de uma “Constituição” escrita que estabeleça os direitos dos indivíduos. Porém, encontra na *common law* a aplicação do direito.

Com isso, buscou-se demonstrar que, para refletir acerca do que é a Constituição, é necessária uma análise histórica que transcenda ao fato que institui uma constituição. Esta observação só pode ser feita a partir de uma visão: a longa duração.

Conclui-se, desta maneira, que a constituição é fruto do processo histórico de cada país, e deve refletir a realidade histórica em que se encontra para que, só assim, possa dispor de uma força normativa cogente.

REFERÊNCIAS

BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história, ou, O ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929 – 1989)**: a revolução francesa da historiografia. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010.

_____. **A escrita da história**: novas perspectivas. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BRAUDEL, Fernand. **História e ciências sociais** – a longa duração. *In*: Revista de História da USP, n. 62, v. XXX, 1965.

COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. *In*: COSTA, Pietro (Org.); ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emilio (Colab.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DOSSE, François. **A história em migalhas**: dos “Annales” à “Nova História”. São Paulo: Ensaio, 1992.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2011.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do leviathan**: instituições e poder político: Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Die normative Kraft der Verfassung. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SCHARTZ, Lilia Moritz. **Por uma historiografia da reflexão**. In: BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história, ou, O ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEHLING, Arno. **Ruptura e continuidade no Estado brasileiro 1750-1850**. Historia Constitucional Revista Electrónica, Universidade de Oviedo, v. 5, 2004.